

## Haftung für Auskunft

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September 2001 i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen Bank X. (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von  
lic. iur. Eveline Wyss und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Ausservertragliche Haftung

1. Widerrechtlichkeit
2. Kausalzusammenhang
3. Verschulden
4. Schadenersatzbemessung

##### B. Vertrauenshaftung

##### C. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

##### A. Ausservertragliche Haftung

##### B. Vertrauenshaftung

##### C. Sonderverbindung und Schutznorm

##### D. Reduktionsgründe

#### IV. Fazit

*Vorbem. d. Red.: Der nachfolgende Beitrag wurde am Lehrstuhl von der Crone verfasst. Der Praxis der Naturwissenschaften folgend, erscheint die unmittelbar für das Projekt verantwortliche Person an erster Stelle, während der Lehrstuhlinhaber mit seinem Namen zum Ausdruck bringt, dass er Text und Ergebnis vollumfänglich mitträgt.*

#### I. Sachverhalt

Das Bundesgericht hatte in einem Berufungsverfahren zu prüfen, ob die Bank X. für die fehlende Wahrnehmung der Aufklärungspflicht durch eines ihrer Organe einzustehen hatte.

Kläger war A., deutscher Staatsangehöriger. A. fuhr mit einem Geldbetrag von DM 5,6 Mio. und in Begleitung seines Sohnes und des Finanzberaters B. nach Z. Dort traf er sich mit den beiden ihm bisher unbekanntem C. und Dr. D. Diese schlugen ihm vor, das Geld mit einer Jahresrendite von 30% bei der Firma Y. anzulegen. Ergänzend zum Kapitalanlagevertrag wurde ihm der Abschluss eines Treuhandvertrags – mit dem Zweck der Anlageverwaltung – mit zwei dem Kläger nicht bekannten und auch nicht anwesen-

den Rechtsanwälten, Dr. E. und F., vorgeschlagen. In der Folge begaben sich die Anwesenden zur Bank X. Im Besprechungszimmer von G., dem Leiter (Direktor) der Bankstelle Z. der (beklagten) Bank X., bestätigte G. gegenüber dem Kläger ausdrücklich, dass es in der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen der Bank X. und C. bzw. Dr. D. keinerlei Probleme gegeben habe. Zu unzutreffenden Äusserungen von C. und Dr. D. über eine angebliche Aufsichtsfunktion der Beklagten nickte G. beruhigend.<sup>1</sup> A. unterzeichnete in der Folge sowohl den Kapitalanlagevertrag mit der Firma Y. als auch den Treuhandvertrag mit den beiden Anwälten. Den mitgebrachten Geldbetrag zahlte A. an Ort und Stelle gegen Quittung auf das bestehende Konto von Dr. E. und F. bei der Filiale Z. der Bank X. ein. Nach zwei Auszahlungen an A. kam die Firma Y. ihren Verpflichtungen nicht mehr nach. C. setzte sich nach Ostasien ab. C., Dr. D., Dr. E. sowie F. wurden in der Folge wegen Betrugs, Veruntreuung und ungetreuer Geschäftsführung verurteilt.

Der Kläger verlangte von der Beklagten – offensichtlich unter dem Titel «Schadenersatz für Falschauskunft» – die Erstattung des restlichen Teils des Anlagebetrags. Das Handelsgericht des Kantons Aargau hiess die Klage gestützt auf eine ausservertragliche Haftung für widerrechtliches Verhalten ihres Organs G.<sup>2</sup> sowie gestützt auf eine Vertrauenshaftung teilweise gut.<sup>3</sup> Beide Parteien haben das handelsgerichtliche Urteil mit Berufung angefochten: Die Beklagte verneint das Vorliegen eines widerrechtlichen Verhaltens von G., die Adäquanz des Kausalzusammenhangs und jegliches Verschulden;<sup>4</sup> der Kläger beanstandet die Höhe der Schadenersatzreduktion wegen Selbstverschuldens.<sup>5</sup>

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft zunächst eine ausservertragliche Haftung der Beklagten [A.], sodann eine Vertrauenshaftung [B.] und weist

\* Eveline Wyss ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar auf <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Erw. 4b.

<sup>2</sup> Art. 55 ZGB i.V.m. Art. 41 OR.

<sup>3</sup> Erw. 2.

<sup>4</sup> Erw. 4.

<sup>5</sup> Erw. 6.

schliesslich sowohl die Berufung des Klägers als auch jene des Beklagten ab [C.].

### A. Ausservertragliche Haftung

In Bestätigung seiner Rechtsprechung geht das Bundesgericht bei der Haftung für unentgeltliche unrichtige (bzw. unvollständige) Auskunft- und Raterteilung von einem ausservertraglichen Handeln aus:

*«Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Erteilung einer Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird, nicht als Erfüllung einer übernommenen vertraglichen Verpflichtung anzusehen, sondern als ein ausservertragliches Handeln. Dies gilt auch für Bankauskünfte, die ein Kunde unabhängig von einem bestimmten Geschäft erbittet und erhält (...).»<sup>6</sup>*

#### 1. Widerrechtlichkeit

Das Bundesgericht geht zuerst auf die Grundlage der ausservertraglichen Haftung für Auskunft ein:

*«Stützt sich die Haftung für ausservertragliche unrichtige Auskunft- und Raterteilung auf Art. 41 OR, so bildet dafür eine entsprechende ungeschriebene Verhaltensnorm zum Schutz fremden Vermögens die Grundlage (...).»<sup>7</sup>*

Eine solche Verhaltensnorm erblickt das Gericht in Art. 2 ZGB, wobei es festhält, dass die Bestimmung nur im Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung Schutznormcharakter haben könne:

*«[Es] wird vorausgesetzt, dass mit der Anfrage und der Auskunftserteilung aufgrund der Umstände eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den Beteiligten begründet wird, aus welcher sich höhere Anforderungen ergeben als die aus dem Massstab der Widerrechtlichkeit oder des Verstosses gegen die guten Sitten abzuleitende Forderung des ethischen Minimums, das von jedermann und in jeder Lage zu respektieren ist (...). In verschiedenen jüngeren Entscheiden hat das Bundesgericht deshalb darauf hingewiesen, dass die Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft im ausservertraglichen Bereich in der neueren Lehre als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aufgefasst wird (...).»<sup>8</sup>*

In casu wird ein widerrechtliches Verhalten von G. bejaht. G. habe mit seinem Verhalten und

seinen Aussagen während der Besprechung beim Kläger den Eindruck erweckt, aufgrund der bisherigen Kontakte der Bank X. mit C. und Dr. D. Einblick in deren Geschäftsbeziehungen gewonnen zu haben. Für G. sei das Erwecken dieses Eindrucks beim Kläger erkennbar gewesen. Nicht erforderlich sei, dass G. bereits damals die negativen Folgen, die sich aus den Dispositionen des Klägers ergeben konnten, hätte erkennen müssen.<sup>9</sup>

#### 2. Kausalzusammenhang

Das Bundesgericht prüft anschliessend, ob ein Dritt- bzw. Selbstverschulden den Kausalzusammenhang unterbrochen hat.

*«Der adäquate Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere adäquate Ursache hinzutritt, welche einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (...). Die hinzutretende andere Ursache kann in einem schweren Selbstverschulden oder in einem schweren Drittverschulden bestehen. [...] Im Normalfall vermag das eigene Verschulden des Opfers den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verhalten des Schädigers nicht zu unterbrechen, selbst dann nicht, wenn das Selbstverschulden des Geschädigten überwiegt (...). Diesfalls ist das Selbstverschulden lediglich als Reduktionsgrund im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR zu berücksichtigen. Gewöhnliches Drittverschulden bleibt demgegenüber ohne Einfluss auf die Ersatzpflicht des Schädigers und stellt auch keinen Reduktionsgrund dar.»<sup>10</sup>*

Das Gericht gelangt zum Ergebnis, das Verhalten der beiden eingesetzten Treuhänder und die Verwendung des Geldes durch die Firma Y. vermöge den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen. Beides stelle kein hinzutretendes Ereignis dar, welches den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten von G. und dem eingetretenen Verlust des Klägers verdrängen und als unbedeutend erscheinen lassen könnte. Auch das Selbstverschulden des Klägers unterbreche den Kausalzusammenhang nicht, sei aber immerhin als Reduktionsgrund im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Erw. 4a; vgl. auch BGE 111 II 473 Erw. 2; BGE 116 II 699 Erw. 4.

<sup>7</sup> Erw. 4a.

<sup>8</sup> Erw. 4a.

<sup>9</sup> Erw. 4b.

<sup>10</sup> Erw. 4d.

<sup>11</sup> Erw. 4d.

### 3. Verschulden

Das Gericht stellt fest, G. habe – auch wenn er nicht direkt um Rat und um eine Beurteilung der vorgesehenen Anlage ersucht worden sei<sup>12</sup> – erkennen können, dass er mit seinen Äusserungen und seinem beruhigenden passiven Verhalten beim Kläger den unzutreffenden Eindruck erweckt habe, die Geschäfte von C. und Dr. D. seien seriös. Das in den Geschäftsräumen der Bank X. an den Tag gelegte Verhalten von G. als deren Organ<sup>13</sup> begründe deshalb eine unmittelbare Haftung seiner Arbeitgeberin für den dem Kläger entstandenen Schaden.<sup>14</sup>

### 4. Schadenersatzbemessung

In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung führt das Gericht aus, bei der Gewichtung des beidseitigen Verschuldens sei der Grundsatz der Selbstverantwortung zu beachten. Jedermann habe seine Interessen beim Abschluss von Verträgen bzw. in Vertragsverhandlungen grundsätzlich selbst wahrzunehmen. Man dürfe sich nicht auf deren Berücksichtigung durch den Verhandlungspartner oder durch Dritte verlassen. Die von der Vorinstanz vorgenommene massive Reduktion des Schadenersatzes um 75% erscheine deshalb als angemessen.<sup>15</sup>

## B. Vertrauenshaftung

In der neueren Lehre (und Rechtsprechung) wird die Haftung für Rat und Auskunft als Tatbestand der Vertrauenshaftung verstanden.<sup>16</sup> Das Bundesgericht nimmt diese neue Betrachtungsweise in seine Erwägungen auf:

*«Nach neuerer Auffassung können die vom Angefragten zu erfüllenden Anforderungen aber auch als Verhaltenspflichten verstanden werden, die sich aus einem gesetzlichen Schutz- oder Schuldverhältnis ergeben (...).»<sup>17</sup>*

Das Verhältnis der Vertrauenshaftung zur ausservertraglichen Haftung präzisiert das Gericht wie folgt:

*«Die [...] Herleitung der Haftung aus den Grundsätzen der Vertrauenshaftung braucht lediglich noch in jenen Punkten überprüft zu werden, in welchen sie sich von der Haftung wegen widerrechtlichen Verhaltens unterscheidet. Wie bereits dargelegt, besteht im Fall unrichtiger Rat- und Auskunftserteilung eine enge Verwandtschaft zwischen den beiden Haftungsgründen (...).»<sup>18</sup>*

In Übereinstimmung mit der 1994 im *Swissair-Entscheid*<sup>19</sup> begründeten Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung als Verallgemeinerung einer Haftung aus *culpa in contrahendo* führt das Gericht aus:

*«Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen den Beteiligten voraus. Diese Sonderverbindung unterscheidet sich von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen dadurch, dass die Beteiligten – ausserhalb eines schon oder noch bestehenden Vertragsverhältnisses – rechtlich in besonderer Nähe zueinander stehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Aus dieser rechtlichen Sonderverbindung ergeben sich aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleitete Schutz- und Aufklärungspflichten (...). Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zu-rechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person (...). Schutzwürdiges Vertrauen setzt zudem ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken (...).»<sup>20</sup>*

Die Erwägungen führen zu folgendem Schluss:

*«Was G. unter dem Gesichtspunkt der Haftung für unrichtige Auskunft- und Raterteilung als Fehlverhalten angelastet wird, ist auch als Erweckung und Enttäuschung von Vertrauen in dieser rechtlichen Sonderbeziehung relevant. [...] Für den Schaden, welcher dem Kläger daraus erwachsen ist, hat die Beklagte deshalb auch nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung einzustehen. Das Verschulden von G. und die Adäquanz des Kausalzusammenhanges sind unter diesem Gesichtspunkt in*

<sup>12</sup> Erw. 6a.

<sup>13</sup> Art. 55 ZGB.

<sup>14</sup> Erw. 4c.

<sup>15</sup> Erw. 6a. Vgl. BGE 106 II 42 Erw. 5 (Haftung aufgrund beidseitigen gleichwertigen Verschuldens gänzlich ausgeschlossen).

<sup>16</sup> *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, § 4 N 22; vgl. insbesondere auch BGE 124 III 369 Erw. 5b.

<sup>17</sup> Erw. 4a.

<sup>18</sup> Erw. 5.

<sup>19</sup> BGE 120 II 331 (Swissair). Diese Rechtsprechung wurde in BGE 121 III 350 (Ringer) und BGE 124 III 297 (Musikvertrieb) bestätigt.

<sup>20</sup> Erw. 5. Diese Erwägung steht in einem gewissen Widerspruch zu Erw. 4a. Vgl. dazu auch BGE 120 II 336 Erw. 5a; BGE 124 III 304 Erw. 6a; BGE 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 Erw. 3a.

gleicher Weise zu bejahen wie bei der Haftung für unrichtige Auskunft- und Raterteilung.»<sup>21</sup>

### C. Ergebnis

Das Gericht kommt in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids zum Schluss, die Bank X. hafte dem Kläger sowohl aus Delikt als auch aus Vertrauenshaftung für den adäquat kausal auf das Verhalten von G. zurückzuführenden Schaden. Neben der Berufung der Beklagten weist es auch die gegen die Höhe der Schadenersatzreduktion gerichtete Berufung des Klägers ab.

### III. Bemerkungen

Das Bundesgericht geht von zwei konkurrierenden Ansprüchen aus. Die Bank X. haftet sowohl aus Delikt als auch aus erwecktem Vertrauen für die falsche Auskunft ihres Organs G. Nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichts ist bei der nicht gewerblichen und unentgeltlichen Auskunftserteilung von einer rein ausservertraglichen Haftung auszugehen.<sup>22</sup> Mit dem vorliegenden Entscheid erweitert das Gericht somit seine Praxis: Zur ausservertraglichen Haftung tritt neu die Vertrauenshaftung für Auskunft.<sup>23</sup>

Nachfolgend soll auf die ausservertragliche Haftung [A.], auf die Vertrauenshaftung [B.], auf Sonderverbindung und Schutznorm [C.] sowie auf die Reduktionsgründe [D.] eingegangen werden.

### A. Ausservertragliche Haftung

Die ausservertragliche Haftung regelt die Folgen eines zufälligen «*ungewollten Zusammenpralls*»<sup>24</sup> von zwei Parteien. Ausservertraglich haftet, wer in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingreift (*Erfolgsunrecht*) oder eine Schutznorm verletzt (*Verhaltensunrecht*).<sup>25</sup> Nachdem das Vermögen nicht zu den absolut geschützten Rechtsgütern zählt, setzt eine Haftung für Auskunft die Verletzung einer entsprechenden Schutznorm voraus. Im bisherigen Leitentscheid zur Haftung für Auskunft, BGE 111 II 471, in dem an der ausservertraglichen Natur der nicht gewerblichen Auskunftserteilung festgehalten wurde, äusserte sich das Gericht nicht ausdrücklich zur Frage der Schutznorm. Vielmehr argumentierte es allgemein mit einer Pflicht zur wahrheitsgetreuen Erteilung von Auskünften:

«*Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat – wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt – wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann; er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss (...).*»<sup>26</sup>

BGE 111 II 471 ist im Kontext der Kontroverse über die Rechtsnatur der *culpa in contrahendo* zu verstehen. Das Bundesgericht schwankte während fast achtzig Jahren zwischen einer Qualifikation der *culpa in contrahendo* als ausservertragliche<sup>27</sup> bzw. vertragliche Haftung,<sup>28</sup> um sich dann ansatzweise in BGE 68 II 295 und schliesslich in BGE 101 II 266 zu einem eklektischen Ansatz zu bekennen: Die Frage nach der Rechtsnatur bleibt offen, die Rechtsfol-

<sup>21</sup> Erw. 5.

<sup>22</sup> BGE 30 II 267 f. Erw. 2; BGE 41 II 82 Erw. 4; BGE 57 II 85 f. Erw. 2; BGE 68 II 302 Erw. 5; BGE 80 III 53 Erw. 3 (offen gelassen); BGE 111 II 473 Erw. 2; BGE 112 II 350 Erw. 1a (Hinweis auf bisherige Rechtsprechung); BGE 116 II 699 Erw. 4; vgl. zum Ganzen auch *Heinz Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, N 722.

<sup>23</sup> Vgl. aber immerhin bereits BGE 124 III 369 Erw. 5b: «*Es erscheint [...] sachgerecht, die Haftung für falsche Auskunft i.c. deliktsrechtlich (...) zu erfassen oder den Grundsätzen der Vertrauenshaftung bzw. culpa in contrahendo zu unterstellen (...).*»

<sup>24</sup> Erw. 5.

<sup>25</sup> *Rey*, N 672.

<sup>26</sup> BGE 111 II 474 Erw. 3.

<sup>27</sup> BGE 36 II 203 Erw. 4; BGE 40 II 372 Erw. 5; für weitere Hinweise *Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar, 1986, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 137. Erwähnt hat das Bundesgericht die *culpa in contrahendo* erstmals anfangs des 20. Jahrhunderts in BGE 27 II 382 Erw. 2; vgl. *Hans Peter Walter*, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR NF 120 (2001) I 79 ff., 84 Fn. 31.

<sup>28</sup> BGE 68 II 303 Erw. 5; BGE 77 II 136 f. Erw. 2a; BGE 80 III 53 Erw. 3; BGE 110 II 373 Erw. 5b.

gen werden in ergebnisorientierter Verbindung von vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Regeln gestaltet.<sup>29</sup> Die *culpa in contrahendo* wurde damit – aus den klassischen Kategorien der Delikts- und Vertragshaftung herausgelöst – zu einer Haftung eigener Art bzw. zu einer dogmatischen Hilfsfigur<sup>30</sup> zwischen Vertrag und Delikt.<sup>31</sup> Diese dogmatische Emanzipation der Culpa-Haftung öffnete den Weg zur Vertrauenshaftung. Was anfänglich eine singuläre Lösung ausserhalb der bestehenden dogmatischen Konventionen war, wurde zusehends als Ausdruck eines bis jetzt noch nicht in seiner ganzen Tragweite erkannten Paradigmas verstanden. Die Culpa-Haftung wurde von der Hilfsfigur zum zentralen Beweisstück für das Bestehen einer eigenständigen, zwischen Vertrag und Delikt anzusiedelnden Vertrauenshaftung.<sup>32</sup>

## B. Vertrauenshaftung

Ausgangspunkt der Vertrauenshaftung ist das gegenseitige Gewähren und Inanspruchnehmen von Vertrauen im Rahmen einer Sonderverbindung.<sup>33</sup> Sonderverbindung und Vertrauensstat-

bestand gründen im bewussten bzw. normativ zurechenbaren Verhalten der in Anspruch genommenen Partei und damit letztlich in der Parteiautonomie. Vertrauenshaftung hat nicht den «*ungewollten Zusammenprall*» zum Thema, sondern den von den Parteien gestalteten Kontakt im Rechtsverkehr. Grundlage der Vertrauenshaftung ist die in Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelte Äusserung des Willens einer Partei, sich in einer bestimmten Weise in ihrer künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken.<sup>34</sup> Die Vertrauenshaftung unterscheidet sich denn auch nur in einem Punkt von der vertraglichen Haftung: Vertragshaftung setzt den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen voraus, Vertrauenshaftung wird schon durch das Handeln der einen Partei gestützt auf einen durch die andere Partei gesetzten Vertrauenstatbestand begründet.<sup>35</sup>

täuscht, so ist nach der herrschenden Lehre das so genannte negative Interesse geschuldet, d.h. der Enttäuschung wird so gestellt, wie wenn er nie vertraut hätte; vgl. dazu BGE 105 II 81 Erw. 3.

<sup>34</sup> Von der Crone/Walter, 53 ff., 58, m.w.H.

<sup>35</sup> Verschiedene Autoren äussern sich kritisch zum Institut der Vertrauenshaftung, empfinden sie als überflüssig oder würden eine solche gänzlich der Vertrags- oder Deliktshaftung unterstellen; vgl. z.B. Honsell, § 4 N 22 ff.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 52.03; Markus Wick, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 4 (1995) 1270 ff., insbesondere 1280; Corinne Widmer, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR NF 120 (2001) I 101 ff., insbesondere 105; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, 2000, Vorbemerkungen zu Art. 97–109 OR, N 47; Beat Schönenberger, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Basel 1999, insbesondere 177.

Für eine Vertrauenshaftung wiederum statt vieler Urs Kaiser, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Diss. Bern 1987, 183 ff.; Kramer, N 68; Peter Loser, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, recht 17 (1999) 73 ff., insbesondere 77 f.; Niklaus Lüchinger, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 1999, § 7 N 836 ff.; Martin Moser, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Diss. Bern 1998, 119; Hans Peter Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996) 273 ff., insbesondere 294.

Unter den Vertretern der Vertrauenshaftung besteht immerhin weitgehend Einigkeit darüber, dass die Haftung für Auskunft einen typischen Anwendungsfall der Vertrauenshaftung darstellt; vgl. Bernhard Berger, Abschied vom Gefahrensatz?, recht 17 (1999) 104 ff., insbesondere 109; Kaiser, 174, der weder die Vertrags-

<sup>29</sup> Vgl. zum Ganzen auch Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 976 ff.

<sup>30</sup> Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Nr. 978 ff.

<sup>31</sup> Anwendbar sind die Bestimmungen von Art. 60, 97 und 101 OR; vgl. BGE 101 II 269 f. Erw. 4c; BGE 108 II 422 Erw. 5; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Nr. 967 ff.

<sup>32</sup> Im Swissair-Entscheid (BGE 120 II 331) argumentiert das Bundesgericht denn auch in erster Linie mit der Generalisierbarkeit der Grundsätze über die Haftung für *culpa in contrahendo*.

<sup>33</sup> Diese gründet direkt im Gebot von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB. Der Begriff der Vertrauenshaftung ist in der deutschen Dogmatik entwickelt worden, wobei Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, federführend ist. Canaris vertritt die Theorie des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses, welches unabhängig vom Parteiwillen, also gesetzlicher Natur ist; vgl. Canaris, 431 ff. Für weitere Hinweise vgl. Hans Caspar von der Crone/Maria Walter, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 73 (2001) 53 ff., insbesondere 55; Martin Moser/Bernhard Berger, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP 8 (1999) 541 ff., insbesondere 544 ff.; Wolfgang Wiegand, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 15 (1997) 85 ff. Wird Vertrauen ent-

Geht man nun zurück zu BGE 111 II 471, so fällt auf, dass die damalige Begründung der (ausservertraglichen) Haftung bei der Erteilung einer nicht gewerblichen unentgeltlichen Auskunft aus heutiger Sicht primär zu einer Vertrauenshaftung führen müsste. Das Gericht stellte nämlich in erster Linie auf die Tatsache ab, dass sich der Auskunft Erteilende überhaupt auf das Auskunftsersuchen einliess und dass er erkennen konnte, dass die Auskunft für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung haben würde. Anspruchsgrundlage war mit anderen Worten ein zurechenbar geschaffener Vertrauensstatbestand. In BGE 111 II 471 mag dem Gericht der Weg über eine eigenständige, zwischen Vertrag und Delikt angesiedelte Haftungsgrundlage noch als zu wenig gefestigt erschienen sein, so dass es an der ausservertraglichen Natur der Haftung für Auskunft festhielt. Das wäre heute, wie gerade der vorliegende Entscheid belegt, anders.<sup>36</sup> Dennoch stellt sich das Gericht weiterhin auf den Standpunkt, dass Auskunft zumindest auch zu ausservertraglicher Haftung führen kann.<sup>37</sup> Dabei setzt sich das Bundesgericht in den neueren Entscheiden im Gegensatz zu den älteren ausdrücklich mit der Frage nach der Schutznormqualität von Art. 2 ZGB auseinander,<sup>38</sup> nicht ohne dabei – insbesondere im vorliegenden Entscheid – eine bemerkenswerte Retusche vorzunehmen: Art. 2 ZGB soll nämlich nicht allgemein, sondern nur im Rahmen einer rechtlichen Sonderverbindung Schutznormqualität haben.<sup>39</sup> Art. 2 ZGB schafft entsprechend lediglich den Rahmen, innerhalb dessen die parteiautonome Gestaltung des Kontakts zwischen den Parteien

eine Schutznorm begründen kann, deren Verletzung dann wiederum zur ausservertraglichen Haftung führt. Für sich allein könnte Art. 2 ZGB die Widerrechtlichkeit eines Eingriffs in fremdes Vermögen also noch nicht begründen.<sup>40</sup> Damit will das Bundesgericht offensichtlich den immer wieder geäusserten Bedenken<sup>41</sup> Rechnung tragen, die Qualifikation von Art. 2 ZGB als Schutznorm könnte ein Ausserfern der Haftung für blosse Vermögensschäden zur Folge haben.

### C. Sonderverbindung und Schutznorm

Pointiert kann also von einem Konzept der parteiautonom begründeten Schutznorm gesprochen werden. Dieses Ergebnis ist insofern bemerkenswert, als es nach zwei Richtungen Ausgangspunkt für eine Rückführung der Vertrauenshaftung in den klassischen Kanon der Anspruchsgrundlagen sein könnte: Kann eine Sonderverbindung gestützt auf Art. 2 ZGB eine Schutznorm begründen, liesse sich die Vertrauenshaftung integral als Anwendungsfall der ausservertraglichen Haftung verstehen. Können Schutznormen parteiautonom begründet werden, so liesse sich die Vertrauenshaftung umgekehrt integral als Anwendungsfall der Haftung gestützt auf parteiautonome Zusicherung und damit letztlich der Vertragshaftung begreifen. Dabei wäre dem zweiten Konzept der Vorrang zu geben – nicht nur wegen der wiederholt geäusserten Kritik am Schutznormcharakter von Art. 2 ZGB. Die Gedanken von Fairness und Symme-

lehre strapazieren noch das Deliktsrecht überdehnen will, sondern vollumfänglich für eine Vertrauenshaftung mit positiv-rechtlicher Grundlage in Art. 2 ZGB eintritt; *Lüchinger*, § 7 N 848; *Moser*, 123; *Christian J. Meier-Schatz*, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: *Mélanges Piotet*, Bern 1990, 151 ff., insbesondere 159.

<sup>36</sup> Hat der Ersatzpflichtige nämlich selbst ein unmittelbares oder mittelbares Interesse an der Vertrauenslage, rechtfertigt sich eine gegenüber der Deliktshaftung strengere Haftung durchaus; vgl. dazu *Kramer*, N 68; *Walter*, Vertrauenshaftung im Umfeld, 273 ff., 294.

<sup>37</sup> Erw. 4a.

<sup>38</sup> Vgl. dazu BGE 116 II 699 Erw. 4.

<sup>39</sup> Erw. 4a.

<sup>40</sup> BGE 108 II 311 Erw. 2b; BGE 121 III 354 Erw. 6b; vgl. statt vieler *Berger*, 104 ff., insbesondere 109; *Roland Brehm*, Berner Kommentar, 1998, Art. 41 OR, N 53 ff.; *Honsell*, § 4 N 29; *Rey*, N 723. Die Verwendung der unbestimmten Norm von Art. 2 ZGB als Massstab für die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens erfordert dementsprechend immer eine Auslegung; ist jemand nicht nach Gesetz zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, kann eine solche nicht direkt aus Art. 2 ZGB hergeleitet werden. Widerrechtlich ist die falsche Auskunft desjenigen, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, und aufgrund derer er zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet ist.

<sup>41</sup> So zum Beispiel von *Loser*, 73 ff., insbesondere 77 f.; *Walter Fellmann*, Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?, recht 15 (1997) 95 ff., insbesondere 105.

trie, die in der Chiffre «Treu und Glauben» zum Ausdruck kommen, sind zuerst Merkmale des bewusst gestalteten und nicht des sich zufällig ergebenden Kontakts unter Rechtssubjekten. Gerade umgekehrt soll hingegen gemäss Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts<sup>42</sup> vorzugehen sein: Neben der Schutznormverletzung soll auch die Vertragsverletzung und ganz allgemein der Verstoss gegen Treu und Glauben Widerrechtlichkeit begründen.<sup>43</sup> Die vertragliche Haftung wird damit vom eigenständigen Institut zur Unterkategorie einer konzeptionell an der heutigen Deliktshaftung orientierten allgemeinen Haftung für Rechtsverletzung. Dieser Ansatz verwischt den grundlegenden Unterschied zwischen einer vom Gesetz spezifisch und gegenüber jedermann geschützten und einer parteiautonom gestalteten Rechtsposition. Die Konzeption des revidierten Haftpflichtrechts ist denn auch nicht ohne Grund äusserst kontrovers.<sup>44</sup>

Nicht zu überzeugen vermag in jedem Fall der vom Bundesgericht gewählte Weg, aus dem gleichen Lebenssachverhalt und gestützt auf die gleiche Rechtsnorm kumulativ sowohl eine Haftung aus Delikt als auch eine Vertrauenshaftung herzuleiten.<sup>45</sup> Hält man am Konzept der Vertrauenshaftung fest und verzichtet man insbesondere auf

deren Integration in ein Gesamtkonzept der parteiautonom begründeten Verpflichtungen,<sup>46</sup> so ist konsequenterweise darauf zu verzichten, aus der gleichen Norm und dem gleichen Lebenssachverhalt eine konkurrierende ausservertragliche Haftung herzuleiten.

#### D. Reduktionsgründe

Relevant wird die Qualifikation der Haftung für Auskunft – abgesehen von der Beweislast für das Verschulden – insbesondere bei der Frage nach einer Reduktion wegen Selbstverschuldens. *In casu* hat das Bundesgericht aufgrund von Selbstverschulden auf eine Reduktion um 75% erkannt, ohne dabei zwischen den beiden nach seiner Auffassung konkurrierenden Anspruchsgrundlagen zu differenzieren. Zur absoluten Höhe der Reduktion liesse sich nur auf dem Hintergrund der gesamten Prozessakten Stellung nehmen. Davon losgelöst ist aber in jedem Fall nur schwer nachvollziehbar, wieso das Gericht, wenn es schon von konkurrierenden Ansprüchen ausgeht, die Frage nicht je einzeln für die ausservertragliche Haftung und für die Vertrauenshaftung geprüft hat. Im Rahmen der ausservertraglichen Haftung nämlich muss dem Grundsatz der Selbstverantwortung von vornherein grösserer Stellenwert zukommen, als bei einer auf erwecktem und enttäuschem Vertrauen und damit auf dem Willen der haftenden Partei begründeten Vertrauenshaftung.

<sup>42</sup> Pierre Widmer/Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 1999; verfügbar samt erläuterndem Bericht auf <http://www.ofj.admin.ch/d>.

<sup>43</sup> Art. 46 VE-OR, nach dem ein Verstoss gegen Treu und Glauben zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügen wird. Art. 42 VE-OR bestimmt, dass die Bestimmungen über die ausservertragliche Haftung auch auf Schäden anzuwenden sind, welche durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden.

<sup>44</sup> Kritisch bezüglich des Vorentwurfs einer Revision des Haftpflichtrechts etwa Fellmann, 95 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Erw. 5: «Die [...] Herleitung der Haftung aus den Grundsätzen der Vertrauenshaftung braucht lediglich noch in jenen Punkten überprüft zu werden, in welchen sie sich von der Haftung wegen widerrechtlichen Verhaltens unterscheidet.» Vgl. dazu auch Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld, 273 ff., insbesondere 294, der die Vertrauenshaftung gegenüber der Deliktshaftung als alternativ betrachtet.

Die Deliktshaftung zeichnet sich gegenüber der Vertrauenshaftung generell durch eine mildere Verantwortung für Hilfspersonen sowie durch eine gläubigerseitige Beweislast für das Verschulden aus; vgl. Art. 41, 55, 97, 101 OR.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 4C.296/1999 vom 28. Januar 2000 Erw. 3a, wo sich das Bundesgericht dahin gehend äussert, dass die Vertrauenshaftung *ausserhalb* einer vertraglichen Bindung liege und somit ihrem Sinn nach subsidiär sei; vgl. auch von der Crone/Walter, 53 ff., insbesondere 57 f.; Canaris, 428 f., welcher klar eine Konkurrenz zwischen Vertrag und gesetzlichem Schuldverhältnis befürwortet, weil seiner Meinung nach die Entstehung von Verhaltenspflichten vom Parteiwillen losgelöst ist und sich nach der Theorie des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses unmittelbar aus dem Vertrauensprinzip ableitet. Nach vorherrschender Lehre und Rechtsprechung besteht heute zwischen einer vertraglichen Haftungsgrundlage und einem Anspruch aus Art. 41 OR Anspruchskonkurrenz; vgl. BGE 113 II 247 Erw. 3; Rey, N 39; Honsell, § 2 N 22.

#### IV. Fazit

Die Bank X. hat für den Schaden einzustehen, der adäquat kausal darauf zurückzuführen ist, dass Direktor G., insbesondere durch sein passivberuhigendes Verhalten, schutzwürdiges Vertrauen erweckte, das sich im Nachhinein als nicht gerechtfertigt erwies.<sup>47</sup> Die Haftung der Bank aufgrund eines primär passiven, die Aussagen anderer Personen unterstützenden Verhaltens geht weit, scheint unter den konkreten Umständen und unter Mitberücksichtigung der massiven Reduktion des Schadenersatzanspruchs wegen Selbstverschuldens aber gerechtfertigt.

Das Bundesgericht spricht dem Kläger konkurrierende Ansprüche aus Delikt und Vertrauenshaftung zu. Bejaht man mit dem Bundesgericht eine Vertrauenshaftung, so wäre der vorliegende Sachverhalt unseres Erachtens allerdings ausschliesslich nach den Regeln dieses Instituts zu entscheiden. Im Gegensatz zum Ergebnis vermag deshalb die Begründung des Entscheids nicht vollständig zu überzeugen: Mit der Einführung der Vertrauenshaftung ins schweizerische Recht hat das Bundesgericht ein Zeichen gesetzt. Nun liegt es am Bundesgericht, das neue Konzept konsequent umzusetzen und ins rechtliche Umfeld einzupassen.

<sup>47</sup> Erw. 5.